

Medezeggenschap van werknemers met betrekking tot arbeidsvoorwaarden

Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss*

1. Inleiding

Belangenbehartiging van werknemers op het gebied van arbeidsvoorwaarden heeft decennialang vooral gestalte gekregen via de onderhandelingen over de collectieve arbeidsovereenkomst (cao), waarbij de werknemers werden vertegenwoordigd door vakbonden. Die cao-onderhandelingen konden plaatsvinden op het niveau van een bedrijfstak of van een onderneming, respectievelijk met een werkgeversvereniging of een afzonderlijke werkgever. Die situatie is zich de laatste jaren nogal aan het veranderen, waarbij de rol van de ondernemingsraad in belang toeneemt. De juridische regelgeving is hierop echter nog niet ingesteld, terwijl de meningen verschillen over de vraag of en zo ja, op welke wijze deze dient te worden aangepast. Nadat bij de achtergronden van deze ontwikkeling is stil gestaan, zal in dit artikel aandacht worden besteed aan de actuele discussiepunten.

2. De historische verhouding tussen vakbond en ondernemingsraad

Van oudsher heeft in Nederland de vakbond de meest vooraanstaande rol gespeeld als vertegenwoordiger van de werknemers bij de onderhandelingen over arbeidsvoorwaarden. In de eerste decennia van de nu bijna afgelopen eeuw heeft zij haar plaats op dit gebied verworven en daarmee een einde gemaakt aan de zwakke positie die individuele werknemers bij het sluiten van hun arbeidsovereenkomst nu eenmaal gewoonlijk hebben. Een zeer voorzichtige erkenning van de cao door de wetgever in 1907 in de Wet op de arbeidsovereenkomst (het toenmalige art. 1637ⁿ BW) werd in 1927 gevolgd door de invoering van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst. In 1937 werd het onderdruk van de crisis mogelijk gemaakt dat de Minister

(thans die van Sociale Zaken en Werkgelegenheid) bedrijfstakcao's algemeen verbindend verklaart op basis van de Wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van cao's.¹ Beide wetten bepalen heden ten dage nog steeds het Nederlandse cao-recht en dat in grotendeels ongewijzigde vorm.²

Voor werkgevers had het overleg met de vakbonden een aantal voordelen. De vakbonden zijn professioneel en deskundig. Door het overleg te voeren per bedrijfstak kunnen kleine ondernemingen via hun organisaties ook voor een goede belangenbehartiging zorgen. Er treedt een zekere stroomlijning van de arbeidsvoorwaardenvorming in de bedrijfstak op. Te grote loonconcurrentie kan verder worden vermeden en dank zij de algemeen verbindend verklaring van cao's worden ook onwillige werkgevers gedwongen zich te houden aan de gemaakte loonafspraken. Alleen de grotere ondernemingen gingen geleidelijk over tot het sluiten van eigen cao's, hetzij om een eigen (vaak gunstiger) arbeidsvoorwaardenbeleid te kunnen voeren, hetzij om te voorkomen dat binnen een onderneming verschillende cao's zouden moeten worden toegepast, met organisatorische nadelen en scheve gezichten van dien.

Nadat al voor de oorlog in sommige ondernemingen hiermee op vrijwillige basis een begin werd gemaakt, kreeg Nederland met de invoering van de Wet op de ondernemingsraden in 1950 een wettelijk verplichte vorm van medezeggenschap, waarbij werknemers in de onderneming via vertegenwoordigers invloed kunnen uitoefenen op de besluiten en de samenstelling van de leiding van de arbeidsorganisatie.³

De ondernemingsraad uit die tijd was bepaald nog geen krachtige instelling. Nog afgezien van de afhankelijke positie van de raad, die door de ondernemer werd voorgezeten, had hij weinig bevoegd-

* Hoogleraar sociaal recht Universiteit Leiden.

1. Zie voor deze geschiedenis T. van Peijpe, *De ontwikkeling van het loonvormingsrecht*, diss. Universiteit van Amsterdam, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1987.

2. Wel heeft het ministerie van Justitie reeds geruime tijd het voornemen de Wet op de

cao in het Nieuw BW op te nemen als titel 7.11. Sinds het voorontwerp van Levenbach in het 'Groene Boek' uit 1972 is voor deze titel echter nog geen concept verschenen.

3. Anders dan Huizing in zijn bijdrage aan dit themanummer verdedigt, gaat het bij medezeggenschap mijns inziens vooral om de invloed van werknemersvertegenwoordigers

op de interne besluitvorming binnen een onderneming en niet zo zeer om terreinen waar de werkgever in beginsel zijn eigen beleid kan bepalen. Alle terreinen van medezeggenschap zouden in beginsel ook bij cao kunnen worden geregeld en ten dele gebeurt dit ook.

heden en werd hij gezien als orgaan van intern overleg binnen de onderneming, waar nu juist het arbeidsvoorwaardenoverleg gewoonlijk niet werd gevoerd.

De democratiseringstendens van de jaren zestig leidde tot twee opvolgende belangrijke wijzigingen in het stelsel. Naar aanleiding van het rapport van de Commissie-Verdam uit 1964⁴ werd in 1971 een nieuwe WOR ingevoerd, waarin de ondernemingsraad het adviesrecht over een aantal belangrijke besluiten van economisch-organisatorische aard kreeg, het instemmingsrecht ten aanzien van een aantal besluiten op sociaal terrein (regelingen van personeelsbeleid) en ten slotte een uitgewerkt recht op informatie. Deze wet werd naar aanleiding van een initiatief van het kabinet-Den Uyl en na een heftige maatschappelijke discussie in 1979 nog wezenlijk aangepast. De ondernemingsraad werd een zelfstandig orgaan, uitsluitend bestaande uit gekozen leden. Het overleg met de bestuurder van de onderneming werd verplaatst naar aparte overlegvergaderingen. Advies- en instemmingsrecht werden uitgebreid en het beroepsrecht van de ondernemingsraad bij de ondernemingskamer van het Hof Amsterdam inzake het adviesrecht werd ingevoerd. Deze ontwikkelingen droegen er toe bij dat de ondernemingsraad een belangrijke speler werd in het interne overleg binnen de onderneming. Een ondernemer die belangrijke wijzigingen wil doorvoeren kan gewoonlijk niet meer om de ondernemingsraad heen. In de praktijk leidt het bestaan van het adviesrecht en het beroepsrecht er toe dat de ondernemingsraad een onderhandelingspositie heeft verworven, waardoor bijvoorbeeld bij grote reorganisaties de traditie is ontstaan dat deze gepaard dienen te gaan met een sociaal plan, welk plan overigens weer vaak met de vakorganisaties wordt overgeekomen.

Bij verschillende gelegenheden is in de parlementaire geschiedenis van de verschillende versies van de Wet op de Ondernemingsraden benadrukt dat de primaire arbeidsvoorwaarden (loonhoogte, arbeidsduur, vakantiedagen) behoren tot het werkkerrein van de vakorganisaties. Daarentegen vallen de secundaire en tertiaire arbeidsvoorwaarden, zoals genoemd in artikel 27 WOR, onder het instemmingsrecht, voor zover ze niet inhoudelijk in een cao zijn vastgelegd.⁵ Deze laatste toevoeging maakt al duidelijk dat de scheiding tussen verantwoordelijkheden van vakorganisaties en ondernemingsraden niet zo eenvoudig is te maken. Duidelijk is dat de vakorganisatie het primaat heeft, maar minder vanzelfsprekend is dat de ondernemingsraad zich in het geheel niet zou mogen bemoeien met de arbeids-

voorwaarden. Dat bleek destijds ook al uit het feit dat de opsomming van onderwerpen waarover de ondernemingsraad volgens artikel 27 WOR instemmingsrecht heeft, deze niet geheel uitsloot. Zo viel het arbeidsreglement er tot 1998 onder, waarin wel degelijk ook primaire arbeidsvoorwaarden konden worden geregeld. Ook bij andere onderwerpen, zoals het beloningssysteem is de scheiding niet geheel duidelijk.⁶

De Wet op de ondernemingsraden is sinds 1979 nog op onderdelen gewijzigd: in 1981 werd deze toepasselijk op ondernemingen met minder dan 100 werknemers. Sinds 1998 dient een ondernemingsraad te worden ingesteld vanaf 50 werknemers, terwijl bij minder werknemers een personeelsvertegenwoordiging kan worden ingesteld (art. 35c en 35d WOR). Hoewel hierna uitsluitend over de ondernemingsraad wordt gesproken, is in veel gevallen hetzelfde van toepassing op de personeelsvertegenwoordiging. In 1990 werden de beroepsregelingen van de WOR vereenvoudigd. In 1995 werd de WOR van toepassing op de overheid. Het onderstaande is in het algemeen niet uitgewerkt ten aanzien van de ambtelijke rechtspositie. Deze wijkt in die zin af, dat alle arbeidsvoorwaarden worden geregeld in publiekrechtelijke regelingen. Het is echter wel degelijk mogelijk dat hierover afspraken met de ondernemingsraad worden gemaakt. Bovendien is er sprake van een toenemende tendens tot 'normalisering' van de ambtelijke arbeidsverhoudingen, waarbij deze evolueren in de richting van het model dat in het privaatrecht geldt. Bij de wijziging van de WOR van 1998, voornamelijk bedoeld ter actualisering van de wet, is op een aantal punten ingegaan op de rol van de ondernemingsraad bij de arbeidsvoorwaardenvorming, zodat deze in het navolgende nog aan de orde komt.

3. De ondernemingsraad en arbeidsvoorwaarden

Een aantal ontwikkelingen heeft er de afgelopen jaren toe bijgedragen dat de ondernemingsraad geleidelijk een grotere plaats krijgt in de bepaling van de arbeidsvoorwaarden. Naast de reeds gemenoreerde zelfstandiger rol van ondernemingsraden en de door toegenomen scholing professionelere manier van werken van ondernemingsraden in met name de grotere ondernemingen, speelt ook een belangrijke rol de toegenomen decentralisatie van onderhandelingen over arbeidsvoorwaarden. Deze uit zich op drie manieren.

In de eerste plaats is het aantal ondernemingscao's toegenomen. Niet alleen ondernemingen kunnen behoefte hebben aan een eigen personeelsbe-

4. *Herziening van het ondernemingsrecht*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1964.

5. Zie bijv. *Kamerstukken II* 1976-1977, 13

954, nr. 6, p. 12 (MvA WOR 1979).

6. Vgl. Rb. Maastricht 30 mei 1994, *JAR* 1994/180: een arbeidsmarkttoeslag voor een

gehele categorie werknemers beïnvloedt het functiewaarderingsstelsel en is daarom instemmingsplichtig.

leid, ook werknemers kunnen er voordelen in zien wanneer hun onderneming een eigen, op onderdelen meer aan de onderneming aangepaste, cao heeft. In toenemende mate is er ook een tendens naar individualisering van arbeidsvoorwaarden, waarbij werknemers keuzemogelijkheden krijgen en waarbij per onderneming maatwerk wordt geleverd. Een grotere rol voor de ondernemingsraad ligt al gauw voor de hand. Een voorbeeld hiervan vormen de zgn. 'employee benefits', waarbij werkgevers secundaire arbeidsvoorwaarden toekennen aan werknemers op het gebied van bijvoorbeeld scholing en sociale zekerheid. Ook de terugtred van de overheid op het gebied van de sociale zekerheid draagt aan deze tendens bij. Deze werknemersvoorzieningen per bedrijf worden vaak besproken met de ondernemingsraad, die zich ter zake laat adviseren door deskundigen, al dan niet uit de vakbeweging.

Een tweede mogelijkheid is dat niet zo zeer het gehele arbeidsvoorwaardenbeleid wordt gedecentraliseerd, maar een deel daarvan, met name de concrete uitwerking binnen de onderneming. Het ligt dan voor de hand dat in de cao terzake de bevoegdheid aan de ondernemingsraad wordt toegekend om samen met de werkgever/ondernemer afspraken hierover te maken. De vakbonden hadden lange tijd een terughoudend standpunt in dit opzicht uit vrees voor een toenemende rol van de ondernemingsraad op het terrein van de arbeidsvoorwaarden. Maar langzamerhand is er een omslag in het denken hierover binnen de vakbonden waarneembaar. Type-rend is wel de Grafimedia-cao die in 1997 tot stand kwam, waarin expliciet op een aantal punten een nadere regeling wordt overgelaten aan de or, met het oogmerk dat deze regelingen ook bindend doorwerken in individuele arbeidsovereenkomsten.⁷

Ten derde zijn er de sectoren waarin helemaal geen cao-overleg bestaat, zoals nieuwe, nog niet sterk geordende bedrijfstakken als de informatiebranche, of sectoren die worden gekenmerkt door veel hoog opgeleide, maar slecht georganiseerde werknemers, zoals ingenieursbureaus. Ook hier kan wel degelijk behoefte bestaan aan arbeidsvoorwaardenoverleg, waarbij de ondernemingsraad een representatieve gesprekspartner kan zijn.

4. Juridische status van afspraken met de ondernemingsraad over arbeidsvoorwaarden

De Wet op de cao kent aan collectieve arbeidsovereenkomsten die worden gesloten tussen vakorganisaties en werkgevers of werkgeversorganisaties een bindende werking toe voor de partijen bij de overeenkomst en hun leden. De cao werkt rechtstreeks door in individuele arbeidsovereenkomsten die door (leden van) de cao-partijen worden gesloten. Is de

cao bovendien algemeen verbindend verklaard dan werkt deze door in alle individuele arbeidsovereenkomsten binnen de werkingssfeer van de desbetreffende cao. Deze bindende werking komt in beginsel niet toe aan een overeenkomst tussen ondernemer en ondernemingsraad. Toch is hiermee niet het laatste woord gezegd.

In de eerste plaats is het goed mogelijk dat toch afspraken tussen ondernemer en ondernemingsraad worden gemaakt op het gebied van de arbeidsvoorwaarden. De Wet op de ondernemingsraden sluit dit niet uit en kent, integendeel, reeds jaren de mogelijkheid om de bevoegdheden van de ondernemingsraad bij besluit van de ondernemer uit te breiden (art. 32 WOR). Toen de bonden het Ingenieursbedrijf Grabowsky BV en zijn ondernemingsraad (!) in kort geding dagvaardden op grond van de stelling dat een tussen hen gesloten convenant onrechtmatig zou zijn waarin was afgesproken dat zou worden onderhandeld over arbeidsvoorwaarden, heeft de president van de Haagse rechtbank nog eens uitdrukkelijk bevestigd dat een uitbreiding van de bevoegdheden van de ondernemingsraad ook de primaire arbeidsvoorwaarden kan omvatten.⁸

Ten tweede is het sluiten van overeenkomsten tussen ondernemer en ondernemingsraad de laatste jaren gangbaarder geworden. Besluitvorming binnen de onderneming krijgt geleidelijk meer een onderhandelingskarakter. De WOR gaat van oudsher uit van een ambtelijk type van besluitvorming, dat als volgt verloopt. De ondernemer bereidt een besluit voor. De ondernemingsraad wordt in de gelegenheid gesteld over het voorgenomen besluit te adviseren of daarmee al dan niet in te stemmen. Vervolgens neemt de ondernemer het besluit, dat ten slotte desgewenst door de ondernemingsraad in rechte kan worden aangevochten. In de praktijk maakt dit model plaats voor een permanente onderhandelings situatie, waarbij regelmatig afspraken worden gemaakt over inhoudelijke zaken of te volgen procedures. Zo wordt bij een fusie dikwijls in een overeenkomst afgesproken op welk moment de ondernemingsraad waarover wordt ingeschakeld en hoe de toekomstige medezeggenschapsstructuur zal zijn. Deze afspraken worden dan neergelegd in een schriftelijk stuk waaraan partijen elkaar kunnen houden. Aanvankelijk werd dikwijls gesproken over 'convenanten', tegenwoordig is de term 'ondernemingsovereenkomst' gangbaar geworden. Bij een wijziging van de WOR in 1998 heeft deze ondernemingsovereenkomst een duidelijke status in de wet gekregen. In de ondernemingsovereenkomst kunnen de bevoegdheden van de ondernemingsraad niet alleen worden uitgebreid, maar kunnen ook procedure-afspraken worden gemaakt en interpreta-

7. Zie art. 1.4.4 lid 6 Grafimedia cao 1997-2000: 'Decentrale afspraken zijn bindend voor

werkgever en werknemer indien zij tot stand zijn gekomen op de voorgeschreven wijze'.

8. Pres. Rb. 's-Gravenhage 19 mei 1992, JAR 1992/22.

ties van de wettelijke bevoegdheden worden overeengekomen.

Een derde aspect betreft de mogelijkheid dat de wet de ondernemingsraad de bevoegdheid geeft om afspraken te maken die voor individuele werknemers bindend zijn. Dit is geïntroduceerd in de Arbeidstijdenwet die in 1996 in werking is getreden.⁹ Volgens deze wet kan de wettelijke standaardregeling op het gebied van de arbeidstijden worden verruimd in een collectieve regeling tussen ondernemer en vakbond of ondernemingsraad. Ook bij deze regeling is het primaat van de vakorganisatie gehandhaafd: een collectieve regeling kan slechts met het medezeggenschapsorgaan worden afgesloten, als er geen cao op de onderneming van toepassing is óf, indien er wel een cao van toepassing is, indien het te regelen onderwerp voorkomt in een cluster van onderwerpen waarvan er één al in de cao wordt geregeld.¹⁰ Niettemin is er toch een nieuwe mogelijkheid gecreëerd dat de ondernemingsraad een afspraak maakt die van invloed is op de arbeidsvoorwaarden van individuele werknemers.

Het vierde punt betreft de vraag hoe ondernemingsovereenkomsten, wanneer zij arbeidsvoorwaarden omvatten, kunnen doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomst. Om te beginnen is het juridisch-dogmatisch niet geheel zeker, of een dergelijke doorwerking niet zou kunnen worden aangenomen, buiten het systeem van het cao-recht om, louter op basis van het burgerlijk recht.¹¹ Maar iedereen zal het er over eens zijn dat een uitdrukkelijke wettelijke basis de voorkeur verdient. Als we daarnaar in het huidige recht zoeken, dan kan de doorwerking van de ondernemingsovereenkomst op verschillende manieren worden geconstrueerd.

A. De van toepassingverklaring in de individuele arbeidsovereenkomst

Het is gebruikelijk dat in individuele arbeidsovereenkomsten de cao die voor de onderneming geldt nog eens uitdrukkelijk van toepassing wordt verklaard op de arbeidsovereenkomst. Al dan niet expliciet vermeld wordt daarbij bedoeld, dat dit ook geldt voor toekomstige nieuwe cao's of wijzigingen in de cao. De bedoeling hiervan is om de cao in zijn geheel te laten doorwerken voor werknemers die geen lid zijn van een vakbond die partij is bij de cao. Weliswaar moet de werkgever de cao al op hen toepassen (art. 14 Wet cao), maar zij kunnen hier zich formeel niet op beroepen en omgekeerd kan de werkgever zich niet beroepen op bepalingen in de cao die voor hem gunstig zijn, indien hij dit niet uitdrukkelijk heeft bedongen. Het beding waarin een

cao toepasselijk wordt verklaard in een individuele arbeidsovereenkomst wordt algemeen aanvaard. Zelfs wordt gewoonlijk aangenomen, dat via een dergelijk beding rechtsgeldig van zgn. driekwartdwingend recht kan worden afgeweken, waar de wet eist dat afwijkingen alleen geldig zijn indien zij bij cao zijn overeengekomen. Het lijkt logisch dat het ook mogelijk is om in een individuele arbeidsovereenkomst de bepaling op te nemen dat (huidige en toekomstige) afspraken met de ondernemingsraad op het gebied van arbeidsvoorwaarden bindend zijn voor de werknemer. Mocht een dergelijke afspraak tot onaanvaardbare resultaten leiden, dan is het overigens steeds mogelijk dat de werknemer zich beroept op strijd met de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW) of op goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) om zich tegen toepassing van de afspraken te verzetten.

B. Het gebruik van een wijzigingsclausule in de individuele arbeidsovereenkomst

In 1998 is in het nieuwe artikel 7:613 BW de mogelijkheid vastgelegd, die de Hoge Raad al eerder had aanvaard, om in de individuele arbeidsovereenkomst een beding op te nemen dat het de werkgever toestaat om eenzijdig wijzigingen aan te brengen in de arbeidsvoorwaarden. Hij mag hiervan volgens dit artikel slechts gebruik maken indien hij hiervoor een zodanig zwaarwichtig belang heeft, dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad naar redelijkheid en billijkheid daarvoor behoort te wijken. Aanvankelijk was in het wetsvoorstel dat tot de invoering van dit artikel leidde nog een tweede lid toegevoegd. Dit lid zou inhouden dat indien de wijziging was opgenomen in een cao of de instemming had van de ondernemingsraad dit het vermoeden vestigde dat een zwaarwichtig belang aanwezig was. Zulks sluit ook aan bij de jurisprudentie van de Hoge Raad, dat een beroep van de werknemer op strijd met redelijkheid en billijkheid niet licht zal kunnen worden aanvaard, wanneer door de ondernemingsraad tegen de inhoud van de wijziging geen bezwaar is gemaakt.¹² Dit lid riep bezwaren op bij zowel werkgevers- als werknemersorganisaties om reden van de rol die de ondernemingsraad hier kreeg toebedeeld. De werkgeversorganisaties hadden bezwaren tegen de vermeende uitbreiding van de rol van de or, terwijl de werknemersorganisaties zich met name keerden tegen de bindende invloed die de ondernemingsraad hiermee zou krijgen op de individuele arbeidsovereenkomst. Hierop heeft de regering dit lid ingetrokken, doch overigens met de mededeling dat dit

9. Wet van 23 november 1995, *Stb.* 1995, 598.

10. Zie hierover A.J.C.M. Geers & G.J.J. Heerma van Voss, *Arbeidstijdenwet*, Deventer:

Kluwer 1996, p. 19-21.

11. Deze discussie speelde uiteraard ook voor de cao, toen deze nog niet wettelijk was geregeld. Vgl. reeds E.M. Meijers, *Het collectieve*

arbeidscontract en de algemene rechtsbeginselen, *Themis* 1905, p. 397-483.

12. HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989, 355 (IBM).

materieel geen verschil zou uitmaken, nu het voorgestelde lid immers aansluit bij de bestaande jurisprudentie. Een en ander brengt mee, dat ook naar huidig recht een (wijziging van een) ondernemingsovereenkomst op het gebied van de arbeidsvoorwaarden via een wijzigingsbeding door de werkgever kan worden ingevoerd, waarbij de instemming van de ondernemingsraad een belangrijk argument kan vormen om aan te nemen dat de ondernemer hierbij een zwaarwichtig belang heeft. Dit laat onverlet dat de wet daarnaast eist dat een toetsing plaats vindt aan de redelijkheid en billijkheid, waardoor bijvoorbeeld onevenredige hardheid tegenover individuele werknemers alsnog kan worden gecorrigeerd. Het is duidelijk dat hiermee de ondernemingsovereenkomst niet op dezelfde automatische wijze doorwerkt in de individuele arbeidsverhouding als een cao, maar dit resultaat wel in hoge mate kan benaderen. Daarbij geldt tevens dat een op dergelijke wijze doorgevoerde ondernemingsovereenkomst niet in strijd mag zijn met een cao, waaraan werkgever en eventueel de werknemer is gebonden of die door algemeen verbindendverklaring op de onderneming of de betrokken werknemers van toepassing is.

C. Het toekennen van de bevoegdheid in een cao

De reeds genoemde Grafimediacao 1997-2000 vormt het meest uitgesproken voorbeeld van een cao waarin men heeft getracht de ondernemingsraad uitdrukkelijk een rol te geven bij de nadere invulling door deze een bevoegdheid te geven om afspraken te maken die bindend kunnen doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomsten. De constructie die daarvoor is gekozen, is dat de cao bepaalt op welke gebieden de ondernemingsraad zulke afspraken met de ondernemer mag maken. De cao-partijen beogen daarbij uitdrukkelijk dat binnen dit raamwerk op ondernemingsniveau tot stand gekomen afspraken bindend doorwerken naar de individuele arbeidsovereenkomsten, dus op grond van de bepalingen van de Wet op de cao.¹³ De vraag of aldus tot stand gekomen afspraken tussen ondernemingsraad en ondernemer inderdaad rechtsgeldig op deze wijze doorwerken is nog niet in rechte getoetst. Men zou een enge interpretatie kunnen volgen, inhoudende dat de Wet op de cao alleen aan overeenkomsten met vakbonden die bevoegdheid

toekent. Een ruime opvatting daarentegen overweegt dat de vakbond zelf in een aldus tot stand gekomen collectieve arbeidsovereenkomst deze bevoegdheid tot nadere invulling aan de ondernemer en ondernemingsraad heeft toegekend, welke vakbond op haar beurt daar weer de wettelijke bevoegdheid toe had op grond van de cao, en de legitimatie op grond van de goedkeuring van haar leden. Deze ruime interpretatie lijkt mij de juiste, omdat deze geheel past in de visie dat de vakorganisaties het primaat hebben bij de arbeidsvoorwaardenvorming en zij tevens tegemoetkomt aan de maatschappelijke behoefte aan de mogelijkheid van nadere invulling van cao's op ondernemingsniveau.¹⁴ Voorwaarde lijkt mij wel dat de cao voldoende concreet aangeeft hoe ver de bevoegdheid van de ondernemingsraad reikt. Niettemin zou het wenselijk zijn om ieder misverstand uit te sluiten, dat de wetgever bij een komende herziening van de Wet op de cao¹⁵ deze mogelijkheid uitdrukkelijk regelt.

5. Naar direct bindende afspraken met ondernemingsraden over arbeidsvoorwaarden?

De discussie over de eventuele wenselijkheid dat de ondernemingsraad bindende afspraken kan maken met de ondernemer over arbeidsvoorwaarden wordt de laatste jaren in Nederland steeds nadrukkelijker gevoerd. Bij de laatste herziening van de Wet op de Ondernemingsraden in 1998 was hiervoor nog geen meerderheid te vinden.¹⁶

Het juridisch-formele argument dat wordt aangevoerd tegen de mogelijkheid dat de ondernemingsraad individuele werknemers kan binden met betrekking tot hun arbeidsvoorwaarden is dat vakbonden door hun leden worden gemachtigd om cao's af te sluiten, terwijl ondernemingsraden een dergelijk mandaat missen. Dat argument verliest echter in toenemende mate aan kracht. Vakbonden sluiten cao's af die vervolgens (op grond van de Wet cao of door algemeen verbindend verklaring) van toepassing worden voor een groot aantal werknemers die helemaal geen mandaat aan de vakbond hebben gegeven. Zo bezien hebben ondernemingsraden een grotere legitimatie omdat alle werknemers die enige tijd binnen een onderneming werkzaam zijn kiesrecht hebben voor de ondernemingsraad. Men kan zich voorstellen dat indien ondernemings-

13. Zie voor dergelijke cao-bepalingen in de informatietechnologiesector: A.G.M. Bijlsma, 'De ondernemingsraad, de vakbonden en arbeidsvoorwaarden; een modern samenspel binnen de IT-sector', *Sociaal Recht* 1995, p. 4-12. Zie ook, Dienst Collectieve Arbeidsvoorwaarden, *OR-rechten in cao's*, Den Haag 1994.

14. Vgl. P.F. van der Heijden, 'WOR 1998',

Sociaal Maandblad Arbeid 1998, p. 207-214, 213. In het tijdschrift *Sociaal Recht* van oktober 1999 zal deze visie worden bestreden door A. Stege, vanuit het mijns inziens onjuiste uitgangspunt dat doorwerking hier plaats vindt op basis van de WOR in plaats van op basis van de Wet cao.

15. Zie het in noot 2 genoemde voornemen.

16. Zie bijvoorbeeld het verslag van het wet-

gevingsoverleg bij de laatste herziening van de WOR, *Kamerstukken II* 1996-1997, 24 615, nr. 28 en het aan deze wet voorafgaande advies van de SER van 20 mei 1994 over het arbeidsreglement, het instemmingsrecht en de verhouding tussen OR en vakbond, zie ook A.J.C.M. Geers, *Sociaal Recht* 1994, p. 167, met reactie D. Wolfs op p. 212-213.

raden de bevoegdheid zouden hebben om bindende afspraken te maken over arbeidsvoorwaarden, hieraan de voorwaarde wordt verbonden dat de werknemers zich over het onderhandelingsresultaat uitspreken. Ook overigens ligt het voor de hand dat naarmate ondernemingsraden ingrijpender bevoegdheden krijgen zij ook meer overleg zullen moeten voeren met de betrokkenen.¹⁷

Het maatschappelijke bezwaar dat de vakorganisaties aanvoeren lijkt wezenlijker. Dit luidt dat ondernemingsraden te afhankelijk kunnen staan tegenover de ondernemer en dat zij ook dikwijls de noodzakelijke deskundigheid en onderhandelingsbekwaamheid missen. Het introduceren van de mogelijkheid van ondernemingsovereenkomsten zou er toe kunnen leiden dat het stelsel van cao's wordt ondergraven en dat uiteindelijk de werknemers een minder sterk tegenwicht kunnen vormen tegen de macht van werkgevers. Hoewel mij hier sprake lijkt van een reëel risico dat onder ogen dient te worden gezien, kan ook hierop het nodige worden afgedongen. Het is in beginsel ook mogelijk dat een werkgever een cao afsluit met een zgn. 'yellow union', een niet-representatieve vakorganisatie. Deze praktijk, die in sommige landen geregeld voorkomt, is in Nederland nog steeds uitzondering. Een dergelijke cao kan wellicht door een rechter in strijd met de openbare orde worden geacht. Een belangrijker wapen daartegen wordt echter gevormd door de macht van de organisatie van werknemers. Indien voldoende werknemers bij het bedrijf zich verzetten tegen een dergelijke cao, zal zij niet houdbaar zijn. Ditzelfde geldt voor een overeenkomst met de ondernemingsraad die onder te grote druk van de ondernemer tot stand komt. Niets let de vakorganisaties om, al dan niet met gebruik van het stakingsrecht, verzet te voeren tegen een dergelijke overeenkomst. Een normale, in redelijk overleg tot stand gekomen overeenkomst, zoals in volwassen arbeidsverhoudingen in de regel het geval zal zijn, zal natuurlijk ook door vakbonden gerespecteerd moeten worden. Daarbij past alleen de mogelijkheid om de achterban te overreden om niet met het resultaat in te stemmen of om de volgende keer meer leden van de desbetreffende vakbond in de ondernemingsraad te kiezen. Bovendien bestaan er talloze mogelijkheden voor vakbonden en ondernemingsraad om

samen te werken bij de totstandkoming van een ondernemingsovereenkomst. De vakbond kan zich in toenemende mate gaan opstellen als adviseur van de ondernemingsraad, als spiegelbeeld van de werkgeversorganisatie die de werkgever adviseert. De grotere deskundigheid en ervaring van de vakbonden kan op deze wijze worden overgedragen binnen de onderneming.

Een volgend bezwaar dat kan worden aangevoerd tegen de bevoegdheid van de ondernemingsraad om bindende afspraken te maken in een ondernemingsovereenkomst, is dat hierdoor het zwaartepunt bij de arbeidsvoorwaardenvorming verder naar de onderneming verschuift. De huidige coördinatie op het gebied van de arbeidsvoorwaarden, zowel per bedrijfstak als op landelijk niveau, zou hierdoor kunnen worden ondermijnd. Dit is ook een zwaarwegend punt, omdat het befaamde Nederlandse 'poldermodel' zich er nu juist op baseert dat door landelijk gecoördineerde loonmatiging goede resultaten op het gebied van de werkgelegenheid kunnen worden bereikt. Wellicht zou men een groot goed opgeven indien ondernemingen sterker tegen elkaar zouden gaan concurreren op het gebied van de arbeidsvoorwaarden. De verschillen tussen de arbeidsvoorwaarden per onderneming zouden groter worden, hetgeen in Nederland, met zijn sterk ontwikkelde streven naar gelijkheid als onrechtvaardig zou kunnen worden ervaren. Hiertegen kan overigens worden aangevoerd dat deze tendens ook thans al in gang is, en dat de meeste cao's zich niet verzetten tegen gunstiger arbeidsvoorwaarden per onderneming. Niettemin zou men het verder bevorderen van deze ontwikkeling als strijdig kunnen zien met het algemeen belang. Vooral om deze reden lijkt mij in elk geval enige terughoudendheid op haar plaats. Deze terughoudendheid zou mijns inziens echter niet zo ver moeten gaan dat men simpelweg probeert de rol van de ondernemingsraad tegen te werken door het juridische effect aan zijn activiteiten te onthouden.

In de arbeidsrechtelijke literatuur is inmiddels door vele schrijvers het standpunt ingenomen dat ondernemingsovereenkomsten op het gebied van de arbeidsvoorwaarden dienen door te werken in de individuele arbeidsovereenkomst.¹⁸ Vanuit de vakbeweging wordt daarover verschillend gedacht.

17. Het standpunt van Ktg. 's-Gravenhage 27 september 1993 dat een ondernemingsraad geen enquête onder de achterban zou mogen organiseren, lijkt dan ook in strijd met de grondgedachte van medezeggenschap, zie Rb. 's-Gravenhage 6 april 1994, *JAR* 1994/87 (Aegon).

18. Zie bijvoorbeeld F. Koning, 'Arbeidsreglement en ondernemingsovereenkomst', *Sociaal Recht* 1996, p. 160-165; A.M. Luttmer-

Kat, 'Automatische doorwerking van met de ondernemingsraad overeengekomen (arbeidsvoorwaarden)-regelingen', *SR* 1996, p. 63-68; A.T.J.M. Jacobs, 'Het juridisch tekort van het arbeidsrecht', *NJB* 1996, p. 917-922, 922; W.J.P.M. Fase, 'De afschaffing van het arbeidsreglement en de invoering van het eenzijdige wijzigingsbeding', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1996, p. 517-526; B. Otten, 'De combinatie CAO-ondernemingsovereen-

komst nader bezien', *Sociaal Recht* 1998, p. 370-373; R. Hansma, 'Met artikel 7:613 BW op weg naar volwassen arbeidsverhoudingen', *SR* 1998, p. 373-375. In vroegere publicaties reeds: G. van den Bergh, *De medezeggenschap der arbeiders in de particuliere onderneming*, Amsterdam 1924, p. 286 en instemmend W.F. de Gaay Fortman, *De onderneming in het arbeidsrecht*, Amsterdam: Paris 1936, p. 116 en 119.

Hoewel de FNV inmiddels de gedachte van een instemmingsrecht met primaire arbeidsvoorwaarden heeft aanvaard, en ook het CNV instemmingsrecht met het 'sociaal beleid' ondersteunt, stellen zij zich sterk terughoudend op ten aanzien van de juridische status van de ondernemingsovereenkomst.¹⁹ Van der Heijden, die het model van de ondernemingsovereenkomst in Nederland als geen ander heeft bepleit, heeft een compromis voorgesteld, waarbij de ondernemer wel aan de overeenkomst wordt gebonden, maar hij alleen verplicht is deze toe te passen. Afwijkingen ten gunste van de werknemer zouden dan zijn toegestaan.²⁰ Het nadeel hiervan is duidelijk: de werknemer wordt ook niet gebonden aan eventuele verplichtingen, hetgeen tot onevenwichtige resultaten zou kunnen leiden.

Bij de discussie over de positie van de ondernemingsraad kan het Duitse recht waar deze rol geprononceerder is, tot voorbeeld strekken.

6. Het Duitse model

Het Duitse systeem van medezeggenschap²¹ vertoont veel overeenkomsten met het Nederlandse model, simpel omdat het in veel opzichten als voorbeeld daarvoor heeft gediend.²² Toch zijn er ook grote verschillen. Zo moet een Duitse onderneming reeds een 'Betriebsrat' instellen bij een omvang van 5 werknemers (in plaats van, zoals in Nederland, 50 werknemers). De Betriebsrat speelt ook een veel grotere rol bij individuele personeelsbeslissingen, zoals bij ontslag. De Betriebsrat dient voorts te worden betrokken bij collectieve ontslagen, waar dat in Nederland de vakbonden zijn. In het algemeen kan men zeggen dat op het ondernemingsniveau in Duitsland de Betriebsrat nog een zwaardere rol speelt dan in Nederland en de zelfstandige rol van de vakbonden binnen de onderneming nog kleiner is dan in Nederland al het geval is. Ook ten aanzien van arbeidsvoorwaardenonderhandelingen is de rol van de Betriebsrat in Duitsland meer aanvaard. De band tussen vakbond en Betriebsrat is vaak ook hechter, als gevolg van het feit dat de Betriebsrat

vaak een aantal van het normale werk vrijgestelde leden heeft die ook vakbondskaderleden zijn.

Wettelijk regelt het Tarifsvertragsgesetz de cao en de doorwerking ervan. Het Betriebsverfassungsgesetz regelt de positie van de ondernemingsraad en de status van ondernemingsovereenkomsten. § 77, lid 4 van het Betriebsverfassungsgesetz bepaalt dat ondernemingsovereenkomsten (Betriebsvereinbarungen) onmiddellijk en dwingend doorwerken. Ook sociale plannen (in Duitsland veelal met de ondernemingsraad overeengekomen) kunnen op deze wijze een duidelijke status krijgen. Verder is van belang dat de ondernemingsovereenkomst een veel uitvoeriger regeling heeft in Duitsland²³ en dat de Betriebsrat zelf initiatiefvoorstellen kan doen en zo nodig de Einigungsstelle daarover kan laten beslissen.²⁴

Wat betreft de verhouding tot de vakorganisaties bepaalt § 77 lid 3 van het Betriebsverfassungsgesetz dat lonen en andere arbeidsvoorwaarden, die bij cao zijn geregeld of gewoonlijk worden geregeld, geen voorwerp van een ondernemingsovereenkomst kunnen zijn. Deze formule lijkt sterk op die bij het Nederlandse instemmingsrecht van artikel 27, lid 3 WOR: het instemmingsrecht ontbreekt daar wanneer de kwestie reeds inhoudelijk in een cao is geregeld.²⁵ Deze bepaling kan natuurlijk wel discussiepunten opleveren. Mag de Betriebsrat wel ten gunste van de werknemer boven het cao-niveau iets afspreken? Of mag de Betriebsrat iets afspreken over een gebied dat wel in de cao wordt behandeld, maar ten aanzien van een punt dat daar nog niet is geregeld? Dergelijke vragen zullen voor een deel per geval moeten worden beslist, afhankelijk van het stelsel van de desbetreffende cao. Het belangrijkste punt is echter dat deze bepaling het primaat van de vakorganisaties bewaart in die sectoren waar een cao van toepassing is. In de Duitse discussie wordt hiervoor nog als argument aangevoerd dat dit recht doet aan de grondwettelijk verankerde positie van de vakorganisaties. Toch wordt ook in Duitsland wel gediscussieerd over de reikwijdte van deze beperking.²⁶

19. Zie J.C.M.G. Bloemarts, Enige beschouwingen over de contracterende ondernemingsraad, *SR* 1996, p. 89-93.

20. P.F. van der Heijden, 'De ondernemingsovereenkomst', *NJB* 1994, p. 765-770.

21. De Duitse term 'Mitbestimmung' is niet geheel identiek aan het Nederlandse begrip 'medezeggenschap'. Zo wordt hiermee dikwijls gedoeld op de medezeggenschap aan de top van de onderneming (samenstelling van de Raad van Commissarissen, de 'Aufsichtsrat').

22. Zie voor een overzicht A.T.J.M. Jacobs, *Inleiding tot het Duitse arbeidsrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993, hoofdstuk 12.

23. Zie over de Betriebsvereinbarung ook de bijlage bij de Memorie van Toelichting bij

Wetsvoorstel 24 615, *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 615, nr. 3, p. 49-53 en P.F. van der Heijden & J. van der Hulst, *De ondernemingsovereenkomst*, Den Haag: Sdu 1995, p. 21-42.

24. Een voorzichtige poging tot introductie van een initiatiefrecht voor de ondernemingsraad in Nederland werd bij de wijziging van de WOR in 1998 nog afgewezen.

25. Het Duitse equivalent daarvan is § 87 lid 1 BetrVG, dat de Betriebsrat het instemmingsrecht (Mitbestimmungsrecht) geeft over een aantal sociale aangelegenheden, waaronder de loonstructuur van de onderneming, voor zo ver een wettelijke of cao-regeling ontbreekt.

26. Detlev Joost, 'Deregulation of Labor Law

in Germany', in: Takashi Araki a.o., *Deregulation and Labor Law, In Search of a Labor Law Concept for the 21st Century*, Tokyo: The Japan Institute of Labour 1999, p. 87-96, 92; Detlev W. Belling & Christian Hartmann, 'Die Rechtswirkungen einer gegen § 77 III BetrVG verstoßenden Betriebsvereinbarung', *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1998, p. 673-680; Frank Holmeister, 'Die teilmitbestimmte Betriebsvereinbarung im Spannungsverhältnis zwischen § 77 Abs. 3 BetrVG und § 87 Abs. 1 BetrVG', *Betriebsberater* 1999, p. 418-421; Horst Ehmann & Thomas Lambach, 'Vorrang der Betriebs- oder Tarifautonomie kraft des Subsidiaritätsprinzips?', *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1996, p. 346-356.

7. Conclusie

Mijns inziens zou een regeling als de Duitse een logische volgende stap zijn in de ontwikkeling van de medezeggenschap bij de arbeidsvoorwaardenbepaling in de onderneming. Dit houdt in dat een overeenkomst tussen ondernemer en ondernemingsraad over arbeidsvoorwaarden rechtstreeks kan doorwerken in de individuele arbeidsverhouding. Een dergelijke regeling versterkt de positie van werknemers bij de niet te keren maatschappelijke tendens naar decentralisatie van de arbeidsvoorwaardenvorming. De positie van de vakorganisaties is beschermd doordat de cao een regie-functie kan uitoefenen. Blijft deze achterwege, dan wordt de ondernemingsraad echter wel een positie gegeven die het in elk geval mogelijk maakt tegenwicht te bieden tegen eenzijdige ondernemersbeslissingen. Een professionele ondernemer zou niet bang moeten zijn voor een rol van de ondernemingsraad op dit punt; de vakorganisaties zouden de ondernemingsraad niet als concurrent maar als partner die-

nen te zien in het proces van arbeidsvoorwaardenvorming. De wetgever kan daarbij een faciliterende rol spelen. Ook is het wenselijk dat aan de ondernemingsraad het instemmingsrecht wordt toegekend ten aanzien van regelingen van primaire arbeidsvoorwaarden binnen de onderneming, voor zover deze niet in een cao zijn geregeld. Een dergelijke regeling kan ook een eind maken aan de noodzaak om zogeheten eenzijdige wijzigingsbedingen overeen te komen in de arbeidsovereenkomst.

Dit alles neemt niet weg dat het denkbaar is dat de beschermde positie van de vakbond en het cao-overleg in de toekomst nog verder ter discussie komen te staan. Het afschaffen daarvan lijkt mij op dit moment echter een stap te ver en bovendien niet nodig. Wellicht dat die discussie in het volgende themanummer van dit tijdschrift over medezeggenschap ergens in de volgende eeuw wel aan de orde is.

Leiden, augustus 1999